

Los indígenas en el derecho indiano y en el derecho argentino. Estado actual de la cuestión.

por

Juan Bautista Fos Medina*

I. Introducción¹.

Según el Censo de 2010 en la República Argentina existía una población indígena que ascendía a un 2,38% de la población total, es decir, unos 955.032 indígenas o descendientes de pueblos indígenas (habitando viviendas particulares) de un total de 40.117.096 habitantes.²

Mientras que en la ciudad de Buenos Aires, el dato estadístico es similar, ya que se relevaron el mismo año un 2,1% de hogares en dicho distrito con jefe o jefa indígena.

En otros países hispanoamericanos el porcentaje de población indígena es bastante mayor que el de la Argentina; sin embargo se ha insistido sobre el aniquilamiento del aborigen por parte del conquistador omitiéndose, en realidad, las principales causas de la disminución de la población aborigen, como el mestizaje, las epidemias y las guerras, a las cuales me referiré más adelante.

Ahora bien, es preciso recordar el artículo 67° inciso 15° de la Constitución Nacional, introducido por los constituyentes de 1853 y que fue derogado en la reforma constitucional de 1994, que prescribía lo siguiente: Corresponde al Congreso... Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo.

* Pontificia Universidad Católica Argentina.

¹ Conferencia pronunciada en el mes de noviembre de 2017 en las jornadas organizadas por la Asociación de Estudios Jurídicos Santo Tomás de Aquino, en la sede de la Corporación de Abogados Católicos.

² Aunque esta cantidad es controvertida por otra que ha brindado la Oficina de Turismo de la Nación que, por su parte, ha calculado un total de cuatrocientos mil aborígenes aproximadamente en todo el país, es decir un porcentaje que es aproximadamente la mitad del anterior.

Al respecto decía Germán Bidart Campos: *“La política humanista de nuestra constitución cobra todo su sentido en las disposiciones sobre los indios. No cabiendo duda alguna acerca de su igualdad de status con el resto de la población, el inc. 15 del art. 67 dispone que corresponde al congreso conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo. La supresión en la cláusula comercial del inc. 12, de la parte que en el texto norteamericano alude al comercio con las tribus indias, revela que para nuestros constituyentes las comunidades indígenas no eran equiparables a los estados, ni configuraban entidades con personalidad jurídica propia, sino tan sólo de la población general”*.³

Pero si aquella era la doctrina constitucional antes de la última reforma de la Constitución, con ésta se ha producido un cambio radical en la cuestión indígena, como se puede apreciar de la lectura del artículo 75, inciso 17 que, entre las atribuciones del Congreso, establece lo siguiente: *“Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupen; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente éstas atribuciones”*.

Previo a la reforma constitucional, el Convenio 107 de la OIT de 1957 tendía a incluir a los aborígenes en la vida social y política del Estado, mientras que el Convenio 169 de la OIT de 1989 tendía a segregarlos.

Ahora bien, para comprender mejor el giro de la política argentina en esta cuestión, es preciso hacer una breve referencia al Descubrimiento de América, considerado como el más grande

³ Bidart Campos, Germán J., Manual de derecho constitucional argentino, 3ª. edición actualizada, EDIAR, Buenos Aires, 1974, pág. 563.

acontecimiento de la Historia después de la creación del mundo y de la Redención.⁴

Y reparar brevemente en la figura de Colón, de Isabel de Castilla y de los Austrias mayores.

II. Nuevo mundo. Hazaña y providencia.

Es bien conocida la historia del Descubrimiento y poblamiento de la América española, por lo que omitiré extenderme.

Sin embargo, señalaré algunos de los antecedentes histórico-jurídicos para comprender mejor las circunstancias actuales.

La expedición de Cristóbal Colón fue no sólo una hazaña de la humanidad sino también una obra providencial, marcada hasta por el mismo nombre del Descubridor.

Si es verdad que un nombre es un destino, esta frase se cumple en Cristóforo Colombo perfectamente ya que, como cristóferens, fue el portador de Cristo a estas tierras todavía ignorantes en el siglo XV del nombre del Salvador.

Fue providencial también la intervención de la Reina Isabel de Castilla. Desde que prestó el apoyo a Colón para la magna empresa –tanto en la primera entrevista como en las Capitulaciones de Santa Fe– hasta su postrer aliento, cuando expresaba en el codicilo de su testamento que su principal intención, suplicada al Papa Alejandro VI, fue procurar inducir y atraer los pueblos de Indias y convertirlos a la Santa Fe católica, enviar allí prelados, religiosos y otras personas doctas y temerosas de Dios, para instruir a sus moradores a la Fe católica, enseñarles buenas costumbres y que se les diera buen y justo trato.⁵

⁴ Francisco López de Gomara en Historia General de las Indias: *“La mayor cosa después de la creación del mundo, sacando la encarnación y muerte del que lo crió, es el descubrimiento de Indias”*.

⁵ *“Por quanto al tiempo que nos fueron concedidas por la Santa Sede Apostólica las islas e tierra firme del mar Océano, descubiertas e por descubrir, nuestra principal intención fue, al tiempo que lo suplicamos al Papa Alejandro sexto de buena memoria, que nos fizo la dicha concession, de procurar inducir e traer los pueblos dellas e los convertir a nuestra Santa Fe católica, e enviar a las dichas islas e tierra firme del mar Océano perlados e religiosos e clérigos e*

La misma intención compartía su marido Fernando de Aragón cuando en real cédula de 1509, dirigida a don Diego Colón, le decía que su principal deseo siempre ha sido que los indios se conviertan a nuestra Santa Fe católica, para que sus almas no se pierdan.

El Papa Alejandro VI en la bula *Inter Coetera* de 1493, no hizo más que ratificar el deseo de los Reyes Católicos y, con la concesión de las tierras les encargó la divulgación de la doctrina evangélica con estas solemnes palabras: *“afectuosamente os requerimos, por el sacro bautismo en que os obligasteis a los mandatos apostólicos..., para que, decidiéndoos a proseguir por completo semejante emprendida empresa..., queráis y debáis conducir los pueblos que viven en tales islas a recibir la profesión católica”*.⁶

El Pontífice declaraba que para que los Reyes Católicos aceptaran más libre y valerosamente el encargo de tan fundamental empresa, concedido libremente por la gracia apostólica, agregaba: *“...con la plenitud de nuestra potestad apostólica... donamos, concedemos y asignamos todas y cada una de las tierras e islas sobredichas, así las desconocidas como las hasta aquí descubiertas por vuestros enviados y las que se han de descubrir en lo futuro, que no se hallen sujetas al dominio actual de algunos señores cristianos”*.⁷

otras personas doctas e temerosas de Dios, para instruir los vezinos e moradores dellas en la Fe católica, e les enseñar e doctrinar buenas costumbres e poner en ello la diligencia debida, según como más largamente en las Letras de la dicha concessión se contiene, por ende suplico al Rey, mi Señor, mui afectuosamente, e encargo e mando a la dicha Princesa mi hija e al dicho Príncipe su marido, que así lo hagan e cumplan, e que este sea su principal fin, e que en ello pongan mucha diligencia, e non consientan e den lugar que los indios vezinos e moradores en las dichas Indias e tierra firme, ganadas e por ganar, reciban agravio alguno en sus personas e bienes; mas mando que sea bien e justamente tratados. E si algún agravio han rescebido, lo remedien e provean, por manera que no se exceda en cosa alguna de lo que por las Letras Apostólicas de la dicha concessión nos es inyungido e mandado”.

⁶ Bruno, Cayetano, *Iglesia y Estado en Indias*, Centro de Estudios Salesianos de Buenos Aires (CESBA), Buenos Aires, 2004, pág. 84.

⁷ Bruno, Cayetano, *ídem*. El Padre Bruno apunta que fue Francisco de Vitoria quien determinó la concepción única para la teología y el derecho moderno de

Isabel en la península derrotaba al Islam y recuperaba la unidad católica de España, y se convertía en la engendradora de un continente “nuevo”, pero sobre todo renovado. De manera que si a España le cabe el calificativo de “madre de pueblos”, ello lo ha sido a través de Isabel, la primera Reina de Castilla, de Granada y de Indias.

“Bendita sea la luz y la Santa Vera Cruz. Y el Señor de la Verdad y la Santa Trinidad”, rezaba la tripulación colombina en las mañanas previas al avistamiento de la isla de Santo Domingo, como letanía de una misión que se prolongaría durante cinco siglos, convirtiéndose en un desgajamiento de la “Cristianitas maior” europea.

El poeta gaditano José María Pemán escribía en verso, acerca de aquella misión providencial de España: *“Cuando hay que descubrir un Nuevo Mundo/o hay que domar al moro/o hay que medir el cinturón de oro/del Ecuador, o alzar sobre el profundo/espanto del error negro que pesa/sobre la Cristiandad, el pensamiento/que es amor en Teresa/y es claridad en Trento,/cuando hay que consumir la maravilla/de alguna nueva hazaña,/los ángeles que están junto a su Silla,/miran a Dios ... y piensan en España”*.

Es poco menos que asombroso cómo apenas unos cientos de hombres pudieron dominar ciudades inmensas de aproximadamente un millón de habitantes, como México, o vencer al Inca en Cuzco, sin una audacia inédita hasta la época y sin una protección especial de lo Alto.

Isabel la Católica, así llamada por el Papa español Borja, de voz afable y dulce pero de decisiones férreas y sobrenaturales, tiene por todo ello un lugar singular en la historia americana y en la historia universal.

En su última voluntad la Reina de Indias incorporaba los territorios descubiertos a la Corona de Castilla y León, por derecho

cómo debían interpretarse las bulas alejandrinas (cinco) al sostener que “el Papa no pudo dar en ellas a los reyes de Castilla el dominio y soberanía directas sobre los indios, sino la exclusiva de predicación sobre las tierras descubiertas y el disfrute exclusivo de los beneficios políticos y comerciales que de la protección y defensa de la fe en el nuevo mundo se siguieran” (ídem, pág. 87).

de conquista y por donación pontificia (además de otros justos títulos). Su testamento encabeza la Recopilación de las leyes de Indias de 1680.

Además de madre fue también insigne abuela, al haber tenido por nieto y bisnieto a los dos Austrias mayores, que supieron cumplir la última voluntad de aquella mujer, gran artífice de una nueva época. Tarea que desempeñaron al lado de la Iglesia y de sus consejeros, quienes acompañaron todas las grandes decisiones reales dándoles un carácter docto y cristiano.

Nunca antes hubo una delicadeza de conciencia en los gobernantes ni escrúpulos en las disposiciones adoptadas.

Nunca antes los nativos de pueblos conquistados habían sido mejor tratados, a pesar de la violación que hicieran algunos españoles de las leyes vigentes.

Pueblos que estaban atrasados más de tres mil años, respecto de Europa, como bien ha dicho José Javier Esparza, tuvieron la hora de su liberación. Terminó la opresión cruel de otros pueblos indígenas, la oscura y demoníaca superstición y el embrutecimiento.

Concluyó el período de costumbres salvajes como los sacrificios humanos y el incesto, en los pueblos más desarrollados, así como el canibalismo, el infanticidio (como cuenta Félix de Azara), la poligamia, las orgías, la sodomía, la holgazanería y las terribles crueldades con los enemigos, en los pueblos menos desarrollados.

La nación libertadora era la misma del Cid y de San Fernando, que iba a realizar la maravilla de dominar el continente en cincuenta años y, en un poco más de cien años (1613), fundar la penúltima universidad en Indias, la de Córdoba, cuando todavía las demás potencias europeas asentadas en el resto de América, no habían fundado la primera. Universidades con el mismo reconocimiento académico que la Universidad de Salamanca, modelo de universidad europea.

Y con ello advino el florecimiento de las artes, como el arte plateresco que competía con el peninsular o como el Derecho que, como ha dicho Celso, es el arte de lo bueno y equitativo.

Asimismo, el Derecho indiano contiene páginas de oro en materia de colaboración del Estado con la Iglesia y en la humanización del Derecho. Fue precursor, en lo que hoy llamaríamos el derecho laboral y previsional, así como eficaz en la organización, representación y control políticos.

I. La legislación indiana y los indios.

La España generosa y temeraria, pero a la vez prudente y realista, como una nueva Roma, dejaba instituciones únicas que han constituido la envidia de otras naciones.

Con todo, las limitaciones mentales de los indígenas, desde un principio, hicieron dudar a los españoles acerca de su humanidad y, por tanto, si eran sujetos de derecho y si les alcanzaban los méritos de la Redención.

Se los tuvo, por un tiempo, como seres inferiores, incapaces de recibir las luces de la fe y de gozar siquiera del don de la libertad, como ha afirmado Cayetano Bruno⁸.

Pero a causa de su corta capacidad y “excesiva miseria” (se los tuvo por miserables), fueron los privilegiados de la legislación española.

Pese a que inicialmente los Reyes Católicos en 1495 otorgaron la concesión de vender los naturales traídos por Colón, preocupados, sometieron luego la decisión a una junta de canonistas, moralistas y letrados cuya respuesta se hizo esperar cinco años y que ordenaba la liberación y repatriación de los indios cautivos.⁹ Cuatro años después, moría Isabel.

Por otra parte, el sermón del fraile Montesinos desató la cuestión sobre el tratamiento a los indios y provocó la sanción de las leyes de Burgos de 1512, producto de una junta de teólogos y juristas que declaró que “los indios son libres”, y que se debía evangelizarlos. Sin embargo se permitió que realizaran servicios personales, aunque con una reglamentación altamente protectora y humanitaria.

⁸ Bruno, Cayetano, *ibídem*, pág. 29.

⁹ Bruno, Cayetano, *ídem*.

De todas formas, como consecuencia de la discusión generada en torno al trato dado al indígena, sobre todo por la polvareda levantada por Fray Bartolomé de las Casas, la encomienda será suprimida por Carlos V con las Leyes Nuevas de 1542 aunque, tiempo después, por la protesta del reino del Perú se permitirá una contraprestación por los trabajos personales. Con las posteriores ordenanzas de Alfaro, si bien no se suprimirá el servicio personal, se permitirá el pacto libre del trabajo.

En medio de la polémica sobre si los indios eran capaces de vivir solos y “políticamente”, divididas las opiniones por los intereses económicos desde una perspectiva particular o desde una perspectiva estatal, llegó la bula de Paulo III, *Sublimis Deus* de 2 de junio de 1537, en la que el Santo Padre enseñaba que *“atendiendo a que los indios, como verdaderos hombres, no sólo son capaces de la fe cristiana, sino que, según sabemos, acuden con presteza a recibirla ... mandamos que los dichos indios, así como todas las demás naciones de que en lo futuro tengan noticia los cristianos, aunque se hallen fuera de la fe, no están privados ni puede privárseles de la libertad y de la posesión de sus cosas, antes por el contrario pueden usar y disfrutar libremente de su libertad y dominios, y no se les debe reducir a esclavitud”*.

Esto fue ratificado por Carlos I en las Leyes Nuevas en 1542 cuando establecía que *“ordenamos y mandamos que, de aquí en adelante por ninguna causa de guerra ni otra alguna ... se pueda hacer esclavo indio alguno, y queremos sean tratados como vasallos nuestros de la corona de Castilla, pues lo son”*.¹⁰

Del libro VI de la Recopilación de las Leyes de Indias, dedicado por entero al régimen de los indios, pueden tomarse algunas disposiciones semejantes: *“Que los indios sean libres y no sujetos a servidumbre”*; *“que sean castigados con rigor los encomenderos que vendieren sus indios”*; *“que los caciques y principales no tengan por esclavos sus sujetos”*.¹¹

En tanto, con la real cédula de 1697 de Carlos II se equiparaban completamente los derechos entre españoles e indios, al otorgar los

¹⁰ Bruno, Cayetano, *ibídem*, pág. 31.

¹¹ Bruno, Cayetano, *ídem*.

actualmente denominados derechos políticos a los indios, es decir la facultad de *“honras de lustre, empleos y conveniencias, con que premio a mis vasallos de los Reinos de España... y puedan también solicitar y pretender los honores y beneficios ofrecidos a sus méritos, estando justificados”*.¹²

Antes, se les reconoció lo que hoy se llamarían los derechos civiles, es decir, casarse con quien quisieren (1515), libertad de labranzas y ocupaciones, comercio libre a contento de las partes, tener mercados y testar.¹³

La cuestión de los Justos títulos de España para la dominación de América, si bien se discutió dentro de la propia España y por los propios españoles en la famosa controversia de Valladolid, ya que ninguna nación se las controvertía, fue el examen de una conciencia rigurosa, de un hecho quizás sin precedentes en la historia que, incluso generó la paralización de la conquista por un tiempo y, que es una clara manifestación de las rectas intenciones de la Corona en esta portentosa empresa.

Los indios eran pública y privadamente dueños de las tierras y no se los debía desalojar, pero ellos no debían impedir la labor evangelizadora ni prohibir a los españoles establecerse donde no estuviesen asentados, ni viajar, ni comerciar, es decir, no podía prohibírsele a los españoles el *ius communicationis*, el *ius peregrinandi*, ni el *ius commercii*.

Ha sostenido Cayetano Bruno que, en materia de protección de los indios, las leyes españolas tocaron la perfección por influjo de la Iglesia quien intervino, a través de sus prelados, moralistas y juristas, en la elaboración de casi todas ellas.

Sería largo enumerar las distintas disposiciones que referían al buen trato y evangelización de los indios. Recordemos sólo algunas.

Una de ellas es la instrucción de los Reyes Católicos al comendador Fray Nicolás de Ovando de 1501, en la que mandaba que *“los indios se conviertan a nuestra santa fe católica y sus*

¹² Bruno, Cayetano, *ibídem*, pág. 32.

¹³ Bruno, Cayetano, *ibídem*, págs. 34 y 36. Ley 2ª y leyes 21-32, tít. I, del Libro VI de la Recopilación de las leyes de Indias.

*ánimas se salven, porque este es el mayor bien que les podemos desear” y, proponía apoyar la empresa evangélica por obra de los “religiosos que allá están”. Además, disponía que “procuréis cómo los indios sean bien tratados y puedan andar seguramente por toda la tierra, y ninguno les haga fuerza, ni les roben, ni hagan otro mal ni daño, poniendo para ello la pena que viéredes ser menester”.*¹⁴

Carlos I y su madre la reina Juana vuelven sobre el buen tratamiento del indígena, mediante una instrucción, despachada desde Toledo el 4 de noviembre de 1525 al licenciado Luis Ponce de León, juez de residencia de la Nueva España: *“Especialmente tendréis cuidado muy especial en que sean los indios muy bien tratados y mantenidos en justicia; no consentiréis que reciban ni se les haga agravio ninguno por ninguna persona, antes que sean tratados con todo amor y amistad”.*¹⁵

Es así que los indios tuvieron una legislación de privilegio, porque una igualdad jurídica con los españoles hubiera llevado a una desigualdad en los hechos.

El derecho indiano era, como lo era en general el Antiguo Régimen y, en general de la Antigüedad, particularista, múltiple, casuista y jerárquico, de manera que los indios tenían un régimen especial de protección: las causas en las que participaban indios eran competencia de las más altas autoridades y el derecho indígena se mantuvo en instituciones que no se contrapusieran con el derecho natural y cristiano, como la mita y el yanaconazgo, que recién fueron suprimidas terminado el período indiano, en 1813.

A su vez, por real cédula de Carlos V de 1530 se establecía un régimen penal de excepción por el cual no se consideraba delito ni debía seguírseles proceso ni castigo, en caso de injurias y golpes de manos, así como se les eximía de penas pecuniarias en determinados casos y se elevaba los malos tratamientos que se les inferían a la categoría de delitos de instancia pública, para que el juez pudiera entender de oficio y cualquier persona pudiera denunciarlos.

¹⁴ Bruno, Cayetano, *ibídem*, pág. 33.

¹⁵ Bruno, Cayetano, *ibídem*, pág. 34.

Con Felipe II, mediante real cédula de 1593, se estableció un agravante por el cual se mandó castigar con mayor rigor a los españoles que injuriasen, ofendiesen o maltratasen a los indios, que si los mismos delitos se cometieren contra los mismos españoles.

Asimismo, en este régimen de predilección, Felipe II estableció un principio de “in dubio pro indígena” en el pago de impuestos al legislar que, en caso de duda, se estuviera a favor de los indios y de lo que más le conviniera y no de lo que fuera utilidad del encomendero.

Todas estas disposiciones de excepción fueron exhortadas por los monarcas a Virreyes y presidentes de Audiencias, a fin de que los indios fueran cuidados, amparados y favorecidos, y que los prelados eclesiásticos fuesen como verdaderos padres espirituales de esta nueva cristiandad.

Asimismo, se creó la figura de protector de los indios, mediante real cédula de 1528, porque los cristianos españoles no daban a aquellos el trato que debían “*como vasallos nuestros y personas libres como son*”. Por lo que se mandaba “*proveer de una persona celosa del servicio de Nuestro Señor y nuestro, para que sea protector y defensor de los dichos indios, y mire por su buen tratamiento, y conservación, y conversión de ellos a nuestra santa fe católica*”.¹⁶

El cargo fue suprimido y restablecido, aunque con la variante de que el empleo de protector de indios fue desempeñado por los virreyes y los oidores de las Reales Audiencias y el fiscal.

Claro que, pese a la excelencia de las leyes indianas, su observancia frecuentemente dejó que desear. Caeríamos en la ingenuidad si negáramos los excesos y abusos que se cometieron, como ocurre en todas las empresas humanas.

No obstante, no puede admitirse la leyenda negra que ha desfigurado tanto la obra de la España peninsular como la obra hispano criolla en América y que con tanto empeño los enemigos de España, principalmente las naciones protestantes, se afanaron en difundir.

¹⁶ Bruno, Cayetano, *ibídem*, pág. 37.

Por otra parte, el trato recibido por los indios en las colonias inglesas y portuguesas fue verdaderamente cruel y el indígena no gozó de una legislación protectora como en la América española.

La letra de la ley, tan favorable al indígena, muchas veces no fue cumplida, lo que provocó que los más altos funcionarios que entendían en los asuntos indígenas, castigaran severamente las transgresiones.

Ha sostenido Ramón Menéndez y Pidal: *“leyes incumplidas, dice al avaro de elogios. Incumplidas sí, algunas que hubieron de ser revocadas por su abstracta irrealidad; incumplidas otras por ministros claudicantes, no más numerosos que en cualquier otra administración. En cambio, seguramente abundarán más que en ninguno de los nobles imperios del mundo aquellos magistrados sobre quienes el profundo sentido jurídico de Vitoria hacía pesar con suprema norma del poder, la sentencia evangélica: ¿Qué aprovecha al hombre conquistar todo el mundo si se pierde a sí mismo y padece detrimento en su alma? El indio americano vive todavía donde estas leyes rigieron, y desapareció donde ellas fueron desconocidas. El apartar al indígena para su extinción podrá parecer conducta colonizadora de mejor éxito, pero toda concepción universalista de la Humanidad asentirá a la tendencia de nuestras leyes, cualquiera que sea el último balance que en un lejano futuro pueda establecerse. La grandiosa unidad, exaltada por Plinio y por Prudencio, que Roma realizó sobre el Mediterráneo, realizó a su vez España sobre los dos océanos del globo, sometiendo innumerables pueblos, divididos por creencias bárbaras, lenguas discordes, enemistades exterminadoras, e imponiéndoles la paz hispana, para hermanarlos con los conquistadores en religión, en sangre, en lengua, y en estas leyes indianas que tanta parte tuvieron para incorporar el Nuevo Mundo a la fe y cultura de Occidente”*.¹⁷

¹⁷ Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias, tomo I, ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1973. Reproducción en facsímil de la edición de Julián de Paredes de 1681, prólogo de Ramón Menéndez y Pidal, p. 8.

II. Mestizaje y epidemias.

No obstante, los derechos reconocidos por las leyes, los indios no se integraron totalmente a la sociedad indiana presidida por los blancos, ya fuesen éstos beneméritos, propietarios, comerciantes o artesanos.

Por otra parte, la mayor parte de los indígenas se mestizó y su número se vio reducido grandemente.

Conviene recordar también que existió en los más grandes conquistadores una voluntad de conformar una raza criolla y, en este sentido, v.gr., Domingo Martínez de Irala, gobernador del Paraguay y expedicionario con Pedro de Mendoza, se unió con varias hijas de caciques guaraníes. A sus hijas, Irala las casó con los principales capitanes de la conquista, de cuyas uniones descienden varias familias rioplatenses.

Prueba de que el mestizaje fue también extendido y practicado desde el inicio, es que más de las tres cuartas partes de los compañeros de Juan de Garay en la expedición que fundaría la ciudad de Santa Fe, eran mestizos.

A ello contribuyó que las expediciones fueran compuestas por solteros, salvo la famosa expedición de Mencía de Calderón.

Sin embargo, a parte del mestizaje que provocó la enorme disminución de indios “puros”, otro factor que provocó tal disminución es el que los estudiosos atribuyen a las pestes, como agente de la mayor mortandad de indígenas. De manera que las gripes, viruelas y sarampiones fueron la mayor causa de la enorme disminución de la población nativa.

En el mismo sentido, las guerras también jugaron un papel que coadyuvó a mermar la población autóctona, no sólo entre el indígena y el español sino también entre indígenas.

III. Los indígenas en el Río de la Plata. Evangelización, malones y malocas.

Los indios fueron admirablemente reducidos por los religiosos, fundamentalmente por los jesuitas, no sólo en las extraordinarias

reducciones a orillas del río Uruguay, sino también en otras cercanas a Buenos Aires que tuvieron menos importancia.

Los doctrineros y demás sacerdotes pusieron gran empeño en la conversión de los indios pampas, es decir, los indios de la llanura, fundamentalmente tehuelches y querandíes.

Muchos fueron evangelizados, bautizados y civilizados. Sin embargo, las autoridades, frecuentemente durante los siglos XVII y parte del XVIII, se quejaban al rey de la incuria de los funcionarios españoles en la civilización de los indios, y se organizaban expediciones de castigo a los indios cuando ellos asolaban las estancias y poblaciones, muchas de estas últimas cercanas a la capital del virreinato.

El gobernador Hernandarias, gran personaje de nuestra historia y expedicionario al desierto, también fue un defensor de los derechos del indio, ya que en 1608 escribía al rey Felipe III, sosteniendo que había reformado a los españoles de *“la antigua y mala costumbre, de servirse de los indios como esclavos, sin pagarles su trabajo”*.¹⁸

Su sucesor, el gobernador Marín de Negrón el 25 de abril de 1611, suministró una memoria con un cómputo discriminado de los naturales que habitaban el distrito bajo su mando y que, según Torre Revello, era el siguiente: Buenos Aires y su jurisdicción: 500 indios yanaconas; 500 charrúas de servicio y 4000 charrúas infieles; Santa Fe: 1500 indios yanaconas cristianos; distantes a cuarenta y cinco leguas de la ciudad; 50.000 indios guaraníes infieles. Corrientes: 1000 indios adoctrinados. Concepción del Bermejo: 650 indios yanaconas de los cuales 350 encomendados a la Real Hacienda y 6000 infieles encomendados, pero no sometidos. *“Según declaraba el gobernador en su memoria, muchos eran los indios muertos en malocas y por las pestes y el servicio personal”*.¹⁹

Además de los pampas, aparecían por Buenos Aires a trabajar y, a veces, en malón a asolar, los indios serranos (del norte y oeste del

¹⁸ Torre Revello, José, La sociedad colonial (Páginas sobre la sociedad de Buenos Aires entre los siglos XVI y XIX), Ediciones Pannedille, Buenos Aires, Argentina, 1970, p. 56.

¹⁹ Torre Revello, José, *ibídem*, p. 55.

actual territorio argentino); en general los guaraníes se mantuvieron con Buenos Aires en trato pacífico y venían, traídos por jesuitas a pedido de alguna autoridad, a prestar algún servicio levantando tapias y otras tareas colaborando así, el brazo indígena, en las tareas edilicias de la ciudad india.

Esa carencia de brazos era invocada al Rey por las autoridades trinitarias a instancias de varios vecinos, para que el monarca permitiera la introducción de mano esclava al Río de la Plata.²⁰

Pero ya a mediados del siglo XVIII cruzaba al galope la cordillera de los Andes el indio araucano, que venía a comprar o robar ganado; se calcula que en un año aquellos indios se llevaban entre cuarenta y sesenta mil cabezas de ganado vacuno y varios miles de caballos.²¹

El araucano estuvo provisto de buen armamento y comenzó a liquidar las parcialidades pampas que era el pueblo originario de la región centro este del país.

La guerra permanente entre el indio y el blanco se mantuvo, con expediciones punitivas de por medio, invocando las autoridades la imposibilidad de civilizarlos y construyendo durante el siglo XVIII guarniciones de frontera.

Por esos años los pobladores españoles vivían amedrentados por las muertes y cautividades que causaban los malones, que habían

²⁰ Juan Agustín García, sobre el trabajo indígena sostuvo que el español buscaba bienestar y riquezas a costa del indígena poniendo la excusa de que, con la encomienda, se pretendía arraigar y asentar al indio a la tierra. Excusa, decía, porque si hubiese debido trabajar por sí mismo, hubiese estado en una situación parecida a la que tenía en la península. Con todo, más allá de la corta duración del instituto, parece que fue un mecanismo que sirvió para civilizar y disciplinar al indígena.

²¹ “*Los indios pampas de los siglos XVI, XVII y XVIII no han de confundirse con los de la segunda mitad del siglo XVIII y todo el XIX; éstos son de estirpe araucana; aquellos, los querandí o Pampa a que Falkner llama Puelches y subdivide en Taluhet, Diuihet, Chechehet y aun Lufuche (gente del río). Que estos Puelche-Pampa tiene más afinidad con los Tehuelches que con los Moluche o Araucanos, como nosotros los llamamos*”. Luis M. Torres, *Los primitivos habitantes del Delta del Paraná*, Buenos Aires, Biblioteca Centenaria, Universidad Nacional de La Plata, 1911, pags. 414 a 433, citado por Torre Revello, *ibídem*, pág. 63.

llegado hasta el Pago de la Magdalena, el pago de Matanzas y la guardia de Luján.

Pese a las leyes favorables a los indígenas, los cabildantes en sus acuerdos establecieron la conveniencia de hacer la guerra al indio y hasta se llegó a afirmar que debía pasarse a los mismos “a degüello”, en vista de la imposibilidad de alcanzar la tan buscada paz y tranquilidad.²²

El propio virrey Pedro de Cevallos le escribía al ministro José de Gálvez que era de la opinión de hacer una entrada general combinada, con las fuerzas de distintas jurisdicciones, contra los indios pampas debido a sus procedimientos “*inhumanos, que se deleitan en matar, sin perdonar edad, ni sexo, y sólo reservan alguna vez la vida a las mujeres, que se llevan para sus abominables vicios ... En otros tiempos se han hecho cuantos esfuerzos han sido posibles para su reducción, pero todos en vano, y no hay esperanza alguna ni la más remota de convertirlos, ni que se reduzcan a vivir a puesto fijo*”. Consideraba que se les debía perseguir seriamente “hasta su extinción”. Este proyecto lo habría de llevar a la práctica el virrey marqués de Loreto.²³

En tanto, en el Cabildo de Buenos Aires se registró una nota de un teniente del rey, quien hacía constar que la culpa de toda la barbarie india era como consecuencia de los excesos cometidos por los ganaderos, que salían a la campaña para abastecer la ciudad de Buenos Aires, insultando a los indios infieles por el interés de sus caballos y hacienda, alterando los ánimos de los indios, cuando el Gobierno se esmeraba por discurrir los medios de pacificación para la seguridad de sus pobladores.²⁴

Pero fue durante el virreinato de Nicolás del Campo, en la penúltima década del siglo XVIII, que con una política de obsequios y de trato dulce al indio, se llegó a un prolongado tiempo de paz hasta la inauguración del llamado período patrio.²⁵

²² Torre Revello, José, *ibídem*, pág. 65.

²³ Torre Revello, José, *ibídem*, pág. 69.

²⁴ Torre Revello, José, *ibídem*, pág. 70.

²⁵ Así, escribía el comandante José García Martínez de Cáceres: “*Este virreinato confina, por el sur, con los indios pampas, cuyas tolderías llegan hasta las inmediaciones de Valdivia, plazo del reino de Chile. Están divididos en varias*

Por falta de espacio no podemos reseñar la extraordinaria obra de las reducciones del Paraguay y las ignominiosas guerras guaraníicas, en las cuales “el bárbaro” pasó a defender dichas tierras con su consecuente forma de vida que la propia España (con la dinastía anterior de los Austrias y por medio de la orden fundada por San Ignacio) le había dado, frente a una España borbónica tironeada por Portugal.

I. ¿Ha cesado la legitimidad de los derechos de soberanía argentina sobre el territorio nacional con la eliminación del art. 67, inc. 15 de la Constitución Nacional?

Ahora bien, ¿Qué consecuencias se siguen de la derogación del art. 67, inc. 15 de la Constitución Nacional, es decir, de la supresión de la manda constitucional de convertir los indios al catolicismo?

Ricardo Zorraquín Becú ha planteado que, la eliminación del encargo evangelizador previsto en las bulas alejandrinas, reproducido en el testamento de Isabel, podría implicar la pérdida de la legitimidad respecto a los derechos de soberanía sobre el territorio argentino, del que es continuadora de España en virtud del Tratado celebrado entre ambos países por la Reina Isabel II y el Presidente Mitre en 1862.²⁶

naciones, son muy belicosos y sólo con dulzura y regalos se les tiene en quietud; cada nación tiene su cacique; en tiempos pasados han hecho varias entradas en nuestro territorio, asolando diferentes estancias, robando y matando a sus dueños. Desde el gobierno del señor marqués de Loreto, que los supo atraer y conciliar con agrado y dádivas, están muy sosegados, y no hay ejemplar desde entonces hasta el presente ... que hayan cometido el menor exceso; viene frecuentemente a esta Capital (Buenos Aires), muchas veces con sus caciques, a quienes se les regala y viste de cuenta de la Real Hacienda; traen siempre a vender cueros de guanaco, zorrillo y otros animales, plumeros de plumas de avestruz, riendas y otros efectos propios de ellos, que cambian por aguardiente, cuchillos, tabaco, etc.; traen asimismo, algunas mulas, pero pocos caballos, procedido todo de los robos de las estancias en tiempo pasado”. Conf. Torre Revello, José, ibídem, pág. 73.

²⁶ Conforme Enrique Díaz Araujo, Propiedad indígena (Glosas críticas), editorial UCALP, Colección “Al Quite”, pág. 16.

Es decir, que la donación a perpetuidad que hiciera oportunamente el Papa, podría ser revocada por la falta de cumplimiento del cargo de evangelizar, al cual estaba supeditada.

II. La Constitución Nacional, los tratados internacionales con jerarquía constitucional y los pueblos indígenas.

Además de las implicancias que acarrea la derogación del viejo artículo 67, inc. 15 que, por otra parte, rompe con nuestra tradición jurídica, a poco que se analice el nuevo artículo 75, inc. 17, nos encontramos con varios conceptos que constituían, al menos hace unos años atrás, una novedad para la mayoría de la población.

Además colisionan con otras normas de la Constitución, ya que engendran un conjunto de privilegios para las comunidades indígenas (injustificados hoy que ya han sido asimiladas a la Nación criolla), tales como el reconocimiento de distintas lenguas y culturas (al margen de la nacional), una propiedad inalienable e inembargable, el acceso a tierras que posean o hayan poseído “tradicionalmente” en el pasado y el control de sus recursos naturales.

Esos privilegios están en abierta oposición con el artículo 16 de la Constitución Nacional, que establece claramente que la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; que no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza y que todos los habitantes son iguales ante la ley.

Mucho menos prebendarios eran los mayorazgos y las vinculaciones, que no tuvieron prácticamente aplicación en el Río de la Plata, pese al denuedo de los ilustrados de 1813 por suprimirlos.

No obstante, haberse abolido las antiguas vinculaciones, dicho sea de paso, condenadas, entre otros argumentos, por considerarse “manos muertas”, con la propiedad inalienable indígena se ha regresado a dicho sistema de la inmovilidad del suelo, pero a favor de los aborígenes, invocando una denominada “reparación histórica” (término ahora también aplicado con un plan para jubilados), que resulta una desigualdad de trato respecto del resto

de la población argentina, la que también ha sufrido durante ciento cincuenta años la pulverización de la propiedad rural producto de la división forzosa e igualitaria de los bienes hereditarios, que le ha ido quitando el arraigo.

Por otra parte, en medio de este enmarañamiento legal que han introducido los constituyentes de 1994 en la Carta Magna, habría que analizar si el artículo 1.4. de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1967, entra en colisión con el artículo 75, inc. 17 del mismo ordenamiento constitucional.

La citada norma de la Convención declara: *“Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”*.

En el caso, pensamos que no existen razones para mantener la propiedad comunitaria aborígen, en virtud de las razones históricas expuestas y porque viola flagrantemente el ordenamiento legal supremo de la República Argentina, en uno de sus principios fundamentales como es la igualdad ante la ley (artículo 16), más allá de que se esté o no en un todo de acuerdo con dicho principio.

Por su parte el artículo 2.e. de la Convención prevé que *“cada Estado parte se compromete a estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial”*.

El régimen privilegiado de la propiedad comunitaria indígena consideramos que supone el fortalecimiento de la división racial, ya que la invocada reparación histórica resulta no sólo extemporánea, sino también sin fundamento real, dado la prácticamente

inexistencia de comunidades aborígenes y de comunidades aborígenes puras, sin mezcla de la raza y de la cultura europea. Por lo que hoy significaría una desigualdad de trato entre la población argentina que no solamente violaría el art. 16 de la Constitución sino también los principios elementales de la justicia distributiva.

No obstante, en contradicción con las disposiciones constitucionales anteriores y en línea con la idea de internacionalizar la Ley suprema, la reforma de 1994 otorgó jerarquía constitucional a ciertos tratados, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el cual en su artículo 27 prevé que *“en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”*.

En igual sentido se ha declarado en el artículo 30 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989, que *“en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”*.

Entonces, queda claro que la Constitución de la Nación Argentina en su actual redacción, posterior a su última reforma, prevé para las comunidades indígenas argentinas unos derechos exclusivos y fueros (suprimidos después de 1820) distintos del resto de la ciudadanía como idioma, cultura, territorio y recursos naturales, y les asigna el término político “pueblos”.

Cuando en el espíritu fundador, como bien ha señalado Roberto Punte, el ser nacional argentino era el máximo privilegio esperable para un poblador, al que sin embargo se le aseguraba paridad de derechos (art. 20 y 67, inc. 12 de la Constitución de 1853/60).

III. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las minorías de 2010.

El proceso de reconocimiento de derechos a los llamados “pueblos indígenas” continúa con el apoyo de las instituciones mundiales.

El apoyo internacional al movimiento indigenista se manifiesta a través de documentos internacionales, algunos específicos y otros no.

Entre estos últimos generalmente se alude a los “pueblos indígenas” en tanto minorías.

En este sentido, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las minorías de 2010, parece que es un documento interesante que ayuda a entender el encuadramiento ideológico de la cuestión.

Desde el comienzo de la Declaración, se afirma que la Sociedad de Naciones adoptó varios tratados sobre minorías que luego las Naciones Unidas, su sustituta, continuó en la misma línea, estableciendo gradualmente cierto número de normas a favor de ellas.

En tal sentido, se declara el reconocimiento de la existencia de las minorías, de garantizar sus derechos a la no discriminación y a la igualdad y a su participación en todos los aspectos de la vida pública, así como se esboza una definición de minoría cuya definición ya había sido intentada por un funcionario de la O.N.U. en 1977, aun cuando no se la consideró del todo inclusiva.²⁷

La Declaración expresa que se refiere solamente a las minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas, señalando que deja de lado la protección de los aborígenes ya que encuadra en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

²⁷ Capotorti señalaba a las minorías como: “Un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado (no comprendería el caso del Apartheid), que se encuentra en una posición no dominante y cuyos miembros, que son nacionales del Estado, poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes de las del resto de la población y manifiestan, aunque sólo sea implícitamente, un sentimiento de solidaridad para preservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma”.

De todas formas, se refiere en la mencionada Declaración que dicho colectivo ha propugnado por su derecho a la libre determinación, por el reconocimiento de sus derechos a la tierra y a los recursos naturales, por su derecho a participar en la adopción de las decisiones sobre las cuestiones que los afecten, todo lo cual se prevé en la Declaración específica.

Se expresa en la Declaración de 2010 que se deben tener en cuenta criterios objetivos y criterios subjetivos, si bien no se define si entran dentro de la categoría de minorías las personas discapacitadas, las personas pertenecientes a ciertos grupos políticos o personas que tienen una orientación sexual o una identidad sexual particular.

El documento agrega que si alguna persona comprendida en dicha categoría, fuese discriminada por pertenecer a las minorías nacionales, étnicas, religiosas o lingüísticas, entonces habría que luchar contra esa discriminación múltiple.

Entraría también en el marco de esta Declaración las minorías como los refugiados.

IV. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.

Comienza la Declaración expresando que *“todos los pueblos tienen derecho a ser diferentes, ... a considerarse a sí mismos diferentes y a su respeto como tales”*.

Se establece que todos los pueblos contribuyen a la diversidad (en este caso el lenguaje de los organismos internacionales sale del molde igualitario), y riqueza de las civilizaciones y culturas que constituyen el patrimonio común de la humanidad.

Por otra parte, afirma que *“todas las doctrinas políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos ... aduciendo razones de origen nacional, o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas”*.

Manifiesta el documento la preocupación por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas y que, producto de la colonización, han sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos.

Se afirma también que es de importancia fundamental el derecho de todos los pueblos a la libre determinación y, en virtud de ella, la de determinar su condición política.

El art. 1 refiere a los derechos humanos de los pueblos indígenas, el art. 2 al derecho a la no discriminación, el art. 3 al derecho a la libre determinación, el art. 4 al derecho de libre determinación, al derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales.

Los artículos 11, 12, 13, 14, 16, 31,33, y 34 refieren insistentemente al derecho que asiste a los pueblos indígenas de revitalizar utilizar, fomentar, practicar, transmitir, controlar, proteger y promover sus identidad y pertenencia, su patrimonio cultural, sus tradiciones, sus costumbres ancestrales, sus historias, sus idiomas, sus tradiciones orales, su filosofía, su espiritualidad, sus ceremonias espirituales y religiosas, sus sistemas de escritura, y que la dignidad y diversidad de sus culturas se vea reflejada en la educación.

En tanto, los artículos 5, 18, 19 y 20 se orientan al derecho a conservar, reforzar, desarrollar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo una participación plena, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado y participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que los afecten. En este sentido, los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten.

Por otra parte, en relación a la tierra y los recursos naturales, el art. 25 prevé el derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros u otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado.

El artículo 26, va más allá al disponer que: 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.²⁸

Mientras que el artículo 27 establece que los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

Tendrán también derecho a la conservación y protección del medio ambiente. Y los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras y territorios de los pueblos indígenas, sin su consentimiento libre, previo e informado (art. 29).²⁹

El artículo 30 establece también que no se desarrollarán actividades militares en las tierras y territorios de los pueblos indígenas, a menos que haya interés público.³⁰

²⁸ Como dato de interés en el Derecho Indiano no se mantenían las costumbres indígenas contrarias al orden natural y a la religión cristiana.

²⁹ Nos preguntamos si con ello se evitará o disminuirá el desarrollo nuclear en los países subdesarrollados.

³⁰ ¿Se corre el riesgo de descuidar la protección de las zonas, especialmente las fronteras?

En cuanto al artículo 36, se les fija el derecho de mantener y desarrollar los contactos a través de las fronteras.³¹

Por otro lado, tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura (art. 8.1.), ni a ser desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios, sin el consentimiento libre, previo e informado (art. 10).

Por último, el artículo 39 de la Declaración les acuerda el derecho a recibir asistencia financiera y técnica de los Estados y por conducto de la cooperación internacional.

V. Decreto nacional 672/2016 de creación del Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas de la República Argentina.

El Decreto 672/2016 dispuso la creación del Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas de la República Argentina en el ámbito de la Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo cultural del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Sin embargo fue criticado por múltiples organizaciones indígenas, por burocratizar la representación indígena, restar autonomía, no referir a la propiedad comunitaria, no prohibir la industria extractiva, el monocultivo, la mega minería, el desmonte, los agrotóxicos, los desalojos, etc.

Invoca el art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional y el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por ley 24.071 (art. 6, pto. 2) y la ley 23.302, que declaró como objeto de interés nacional la atención y apoyo de los aborígenes y a las comunidades aborígenes existentes en el país, y su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socio-económico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades.

³¹ ¿Puede resultar un factor de desprotección y una pérdida de control por parte de los Estados soberanos donde exista este tipo de población, en zonas fundamentales para la seguridad interior?

El Consejo propenderá a generar condiciones para que se efectivice un diálogo intercultural a fin de que las medidas legislativas y/o administrativas que afecten directamente a los pueblos y/o comunidades indígenas, hayan contado con su intervención previa, incluyéndolos en los procesos de toma de decisión, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

El art. 3, establece las funciones del consejo consultivo y participativo de los pueblos indígenas de la República Argentina, entre ellas las siguientes: a) impulsar ... un proyecto de reglamentación de la propiedad comunitaria indígena. b) fortalecer la identidad sociocultural y el autogobierno. c) impulsar el relevamiento y ordenamiento del territorio para la efectiva posesión de las tierras por las comunidades. d) impulsar, proponer al Estado Nacional participando: en el proceso de toma de decisión para la implementación de los programas, planes y proyectos para la población indígena, de educación, salud, género, juventud, protección de niños y niñas, tercera edad, ancianos, discapacidad y asistencia a víctimas. e) promover la redefinición de las diferentes áreas relativas a políticas hacia pueblos indígenas en los diferentes ministerios y organismos públicos del estado nacional con el objeto de garantizar la participación indígena. f) impulsar medidas para la protección, defensa y desarrollo de los recursos naturales, genéticos y de biodiversidad de los territorios, los conocimientos y saberes ancestrales, y cualquier otro tema que revista importancia para los pueblos y/o comunidades indígenas.

VI. Conclusión

Como se ha visto la política indigenista del Estado argentino se enmarca dentro de una fuerte tendencia mundial que, en lugar de incluir a los indígenas en el Estado en el que se encuentren, conduce a un segregacionismo que pone en peligro en mediano plazo la unidad nacional, reconociéndoles una entidad análoga a la de un pueblo extranjero, pero con territorio, recursos naturales, gobierno, idioma y cultura propios.

Ello como consecuencia de una idea en la que la minoría y el derecho a ser diferente hoy se encuentra por encima de los otrora principios dominantes de las mayorías y de la igualdad.

Además, va acompañado de una exaltación de las culturas nativas y de una consecuente denigración de la cultura hispánica conquistadora, como consecuencia de una “leyenda negra” que sólo ve atrocidades del choque de ambas culturas producido siglos atrás y que parece ir creando una suerte de complejo de culpa en la población.

La cuestión planteada parece ser un foco de conflicto, tal y como está legislada, y representar un factor de desestabilización para la endeble soberanía nacional.

Por otra parte, hace pocos años se ha cambiado la conmemoración del 12 de octubre. Antes se recordaba el día de la Raza mientras que para otros países era el día de la Hispanidad. Para España es la Fiesta Nacional. Para países como Chile, que antes conmemoraban el día de la Hispanidad, ahora celebran el día del Encuentro de razas. Para Venezuela y Nicaragua es el día de la Resistencia indígena. Para la Argentina, es ahora el día de la Diversidad cultural.³²

Como bien ha señalado Juan Manuel de Prada en un artículo titulado “División”, *“en la división, que siempre nos hace más débiles, se halla la raíz de todos nuestros males. Siempre que se ha querido minar la resistencia de las personas o de los pueblos se ha empezado por separarlos de aquellas realidades tangibles o espirituales que constituían su fortaleza: su familia, su patria, sus tradiciones, su Dios. Del mismo modo, todas las personas y pueblos que han deseado mantenerse fuertes, han procurado evitar a toda costa el desarraigo; y se han afianzado en la defensa de*

³² Asimismo, en aras de la diversidad y del respeto cultural y religioso, se llega a la desigualdad que profesantes de cultos no cristianos cuentan, además de los feriados nacionales (incluidos los que conmemoran las festividades católicas), con varios días al año no laborales.

aquellas realidades tangibles y espirituales que los constituían comunitariamente”.³³

Mientras tanto en nuestra patria el enfrentamiento dialéctico es constante: mayorías-minorías, posición dominante-posición no dominante, ricos-pobres, dictadura-democracia, igualdad-diversidad, etc., todo lo cual provoca un riesgoso empobrecimiento de la realidad y una herramienta de manipulación que puede ponerse al servicio del viejo principio “divide y reinarás”.

La diversidad debe resumirse siempre en la unidad para que ésta pueda mantenerse; unidad que se logra en su máxima expresión a través de la cultura de un pueblo.

Lo cierto es que, con la derogación del mandato constitucional de convertir los indios al catolicismo, la Argentina se ha quedado a supeditada a los dictados de las Naciones Unidas, de manera que los indígenas que otrora gozaban de la protección de los Reyes de España e Indias y, luego, de las autoridades argentinas, hoy han cambiado de protector por la Organización de las Naciones Unidas, quien se ha involucrado en los asuntos internos de los países, por más que para ello se requiera la ratificación de cada Estado de las resoluciones del influyente organismo internacional.

No obstante, con la reforma de 1994 la Argentina, en lugar de rescatar y fomentar la unidad y comunidad de destino, parece haberse empeñado en acentuar las diferencias en lugar de las coincidencias sociales, en un país que se ha distinguido por ser un país hospitalario y de paz.

Por otra parte, cabría preguntarse si se enrolan en las filas del estímulo estatal del separatismo indigenista los países desarrollados. Respondemos que no; Estados Unidos, Canadá y Australia no han adherido a los Convenios OIT 107 y 169. En cambio, sorprendentemente los Países Bajos sí se alistan en aquella corriente.

Se ha dicho, frecuentemente, que el movimiento mapuche cuenta con respaldo político y económico internacional.

³³ De Prada, Juan Manuel, División, XLSemanal, <http://www.xlsemanal.com/firmas/20161010/juan-manuel-prada-opinion-division.html>.

En este sentido, existe un movimiento llamado Enlace Mapuche Internacional que, según una página de internet (www.mapuche-nation.org) tiene sede en 6 Lodge Street, en Bristol, Inglaterra y, según el mismo sitio, reclama el territorio que ocupan actualmente los estados de Argentina y Chile, al sur del río Colorado en nuestro país y al sur del río Bío Bío en el caso del segundo.³⁴

El artículo 75, inc. 17, por lo demás, ha sido agregado mediante un contrabando legislativo porque estaba prohibido por la ley de convocatoria agregar nuevos derechos y garantías en la parte dogmática, y esta declaración -propia de la parte dogmática- se ha incorporado a la parte orgánica de la Constitución, según ha señalado Néstor Pedro Sagüés.

El nuevo tratamiento jurídico del indígena además de engendrar una contradicción con los principios constitucionales contenidos en la parte dogmática, por implicar una suerte de privilegio en razón de un grupo social, también se vería reforzado

³⁴ El secretario general del Enlace Mapuche Internacional es el chileno Reynaldo Mariqueo, quien se radicó en Bristol en 1976 como refugiado, por ser mapuche y socialista, y promociona desde 1978 los derechos de la nación mapuche, según informa la BBC News. La mayoría que lo acompaña tienen apellidos británicos. (Conf. http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/magazine/4079936.stm y <http://www.mapuche-nation.org/espanol/nosotros.htm>). Según se expresa en el último sitio “Enlace Mapuche Internacional o Mapuche International Link (MIL) fue fundado el 11 de mayo de 1996 en Bristol (Reino Unido). Tuvo su origen en un grupo de mapuches y europeos preocupados por la situación de las naciones y pueblos indígenas de América y concienciados por los derechos inalienables que les asisten. Esta nueva organización vino a reemplazar al Comité Exterior Mapuche (CEM), organización que venía operando internacionalmente desde enero de 1978 desde su base ubicada en la ciudad de Bristol. MIL heredó y puso en práctica los principios y objetivos del CEM con la firme determinación de contribuir a la lucha de los pueblos indígenas para lograr mayores niveles de autonomía y libre determinación en sus procesos de desarrollo. La creación de esta nueva organización se enmarcó dentro del programa de las Naciones Unidas conocido como “Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas” del Mundo (1995 a 2004), cuyo objetivo fue promover y proteger a nivel mundial el respeto de los derechos de los pueblos indígenas en “cuestiones tales como los derechos humanos, el medio ambiente, el desarrollo, la salud, la cultura y la educación”.

por un pretendido fuero en materia penal, de acuerdo a lo que se ha esgrimido en reiteradas oportunidades en sede judicial.

Otro factor inquietante es el incremento de tierras improductivas en el país, debido a su cesión a las comunidades indígenas, a quienes se pretende otorgar el control de los recursos naturales que se hallen en dichas tierras.

Esta circunstancia podría favorecer los intereses de otros países en la intangibilidad de los recursos naturales de países subdesarrollados.

En este sentido, el “Informe Kissinger” del 10 de diciembre de 1974, conocido con el nombre “Confidential WSSM 200”, desclasificado el 31 de diciembre de 1980, y que llevaba por título “Implicancias del crecimiento de la población mundial para la seguridad de Estados Unidos y sus intereses de ultramar”, proyectaba en materia de minerales y combustibles lo siguiente: *“Cualquier cosa debe ser hecha para protegerse de las interrupciones de abastecimiento y para desarrollar alternativas internas. La economía de EE.UU. requerirá grandes y crecientes cantidades de minerales del extranjero, especialmente de los países menos desarrollados. Este factor hace que los EE.UU realcen sus intereses en la estabilidad política, económica y social de los países abastecedores. Los EE.UU. están muy interesados en mantener la estabilidad de los países proveedores a través del control de la natalidad ... En los países en desarrollo la carga de los factores de población, sumado a otros problemas, debilitará los gobiernos inestables ... y abrirán el camino para los regímenes extremistas. Su vulnerabilidad también puede invitar a intervenciones extranjeras... Existe un peligro de que algunos líderes de los países en desarrollo, vean las presiones de los países desarrollados en la planificación familiar, como una forma de imperialismo racial o económico”*³⁵.

En fin, el respeto de la diversidad debe realizarse sin menguar la unidad. Unidad que radica fundamentalmente en el respeto de las tradiciones patrias.

³⁵ Medina de Fos, María Susana, Jamás podrán vivir, ni reir, ni amar, Ediciones Gladius, Buenos Aires, 1995, págs. 129, 130, 143, 147.

Sin duda, quizás la más profunda de ellas sea la receptada en el artículo 2 del Constitución Nacional, que prevé el sostenimiento del culto católico apostólico romano.

Dicha norma es un principio pétreo que debe interpretarse no sólo como un sostenimiento económico sino también como un sostenimiento moral.

Ello a la luz de los debates que tuvieron lugar en la Convención constituyente de 1853, que recogieron la tradición del país, así como por la interpretación que han hecho grandes juristas, como Germán Bidart Campos, quienes han entendido que el Estado argentino, si bien no adopta la religión católica como religión del Estado (como proponía el presidente de aquella Convención, Facundo de Zuviría, y como era costumbre hasta ese momento), prefiere o privilegia a la religión católica por sobre las demás (art. 14 de la C.N.)

La Convención de 1994 al suprimir entre las atribuciones del Congreso la de promover la conversión de los indios al catolicismo (ex art. 67, inc. 15), y agregar como declaración (en la parte orgánica y no dogmática) el respeto de la diversidad cultural del indígena, ha roto una fuerte tradición jurídica en nuestro suelo, que no deberá estar en tensión con las declaraciones, derechos y garantías expresados en la parte dogmática de la Constitución.

El artículo 2 recepta, pues, un principio que, vivo, ha de ser el factor que continúe propiciando la unidad de la nación, así como lo fue en la España de fines siglo XV, compuesta entonces por distintos reinos y razas.

Dicho precepto constitucional, pues, entre otras disposiciones del mismo ordenamiento legal, permite y, diríamos más, obliga al Estado argentino a propiciar la inclusión y no la segregación de la población o de grupos poblacionales de nuestro país.